

POR Parte del Duque de Bejar, en el pleyto con los Concejos de la villa de Capilla, y lugares de ſu juridicion, ſe pretende, q̃ ſe ha de denegar el atentado q̃ ſe pide por las partes cõtrarias, en razõ de lo q̃ hizo y executô Diego Maldonado receptor deſta Real Audiencia, a quien ſe cometio el cumplimiento de la carta executoria, que ſe dio en fauor del dicho Duque contra los dichos Concejos, y vezinos de los dichos lugares.

POR Ser eſte negocio graue y de mucha cõſideracion, aun que el articulo del atentado conſiſte en breues razones, ſon tantas y tan difuſas las que oponen las partes contrarias para fundamento de ſu intento, que obligan a la parte del Duque a moſtrar muy por eſtenſo la juſticia notoria que tiene, no ſolo en lo principal, ſino contra el atentado: y en razon deſto no ſe puede eſcuſar el ſatisfazer a todo.

El breue compendio del hecho es, que el año de.1590. el Duque de Bejar puſo demanda en eſta Corte a la dicha villa de Capilla, y a los lugares de ſu tierra, diziendo, que las deheſas de las Yuntas, Piedraſanta, Berrocal, Barranco, y Caſtillejo (que todas ſon cinco deheſas en termino de la dicha villa) eran de ſu Caſa y mayorazgo; pidio fueſſen condenados a que ſe las reſtituyeſſen, con todo lo que les pertenecia: y los dichos Concejos y vezinos ſe defendieron como poſſeedores de las dichas cinco deheſas diziendo, ſer ſuyas proprias, y q̃ por tales las auian poſſeydo: y dizen que el Duque les ha lleuado en cada vn año dozientas mil marauedis, y les ha lleuado la renta de la deheſa de Caſtillejo

llejo de veintinueue años a esta parte, y piden por reconuencion lo buelua todo el Duque: el qual replico, que auia de ser dado por libre, y porque no se auian podido enagenar las dichas dehesas por ser bienes de mayorazgo. Y las partes contrarias en otra peticion de replica, alegaron y dixeron, que el Duque y sus predecessores les auian lleuado censo de las dichas dehesas: y parece que la parte del dicho Duque presentò vna escritura, por la qual parece que el año de 1461. don Aluaro de Stuniga Conde de Plasencia, antecessor del dicho Duque, dio a cẽso emphyteosin a los dichos Concejos y vezinos las dichas cinco dehesas, en la qual escritura estan puestos, y expressados los linderos de cada vna: y por sentencias de vista, y de reuista fueron las partes contrarias condenadas en restitucion de las dichas cinco dehesas, y se despachô carta executoria año de 1597. y se cometio el cumplimiento al dicho Receptor: el qual hizo ciertos autos, y por apeadores nombrados por ambas partes, liquidò por donde yuan las dichas cinco dehesas, y dió la possession dellas al dicho Duque, sin embargo de las apelaciones, y contradiciones que hizieron las partes contrarias: y de todo ello se presentaron en esta Real Audiencia, y piden que se reuoque por atentado, y la parte del Duque lo contra dize, y su justicia se funda ex sequentibus.

LO Primero, porque el dicho Duque tiene en su fauor cosa juzgada por las dichas sentencias de vista, y de reuista, las quales traen consigo aparejada execucion, ex l.2.& per totum titilum. C. de executione rei iudic. l. à Diuo Pio. l. post rem iudicatã, cum alijs. ff. de rei iudic. l. 1. & per totũ tit. 27. part. 3. l. 3. 6. & 8. titul. 17. lib. 4. nouæ recopilatio. & tradunt Ossascus, decis. 92. numer. 17. Anton. Thesaurus, decis. Pedemont. 2. Parladorus, lib. 2. rerum quotidian. cap. fin. 1. part. §. 1. per totum, Rebuffus. 1. tomo. ad ll. Gallicas, tit. de senten. execut. artic. 7. gloss. 9. numer. 1. & Azeuedus, in. l. 1. num. 14. tit. 21. lib. 4. nouæ recopilation. & in d. l. 3. tit. 17. eod. lib. 4. De que resulta, que el dicho receptor estandole cometida la execucion destas sentencias las deuio executar sin admitir contra ellas excepcion alguna, ex dict. l. 3. titu. 17. lib. 4. nouæ recopilatio, ibi. *Cada y quando que algun pleyto fuere determinado en la mi audiencia por sentencia de reuista, sea luego la tal sentencia executada, y lleuada a execucion con efeto en todo, y por todo, no embargarte qualquiera oposicion, o excepcion de qualquier natura que sea que la parte cõtra quien fuere dada opusiere, o dixere, o alegare en qualquier manera, y hecha la dicha execucion quede a saluo todo su derecho a la parte si lo tuuiere para que despues lo alegue, &c.*

QVOD

QVOD Corroboratur, porque en los negocios executiuos de ninguna manera la apelacion obra efeto ſuſpenſiuo, como ſe vee quando ſe procede en el caſo de la ley de Toledo, y lo miſmo en los caſos que ſe pide mandamiento de execucion de algun inſtrumento, y lo miſmo quando ſe executa qualquier ſentencia de remate, vt conſtat ex.l.64. Taur. & probant Rodericus Suarez in.l. poſt rem iudicatam. ff. de reiudicat. part. vltima, quæſtione.6. Auendañ. de exequend. mandat. cap.4. numer.12. & Couarruuias, in cap.23. practic. quæſtio. num.9. Y aſsi concluyen los dichos autores que en los dichos caſos nunca jamas ha lugar reuocarſe por atentado lo que ſe executa ſin embargo de la apelacion, y con mayor razon procedera lo miſmo todas las vezes que ſe trata de executar ſentencia de reuiſta, vt in.d.l. poſt rem iudicatam: la qual tiene via executiua concedida por derecho comun y leyes deſtos Reynos, de tal manera que ſe manda executar ſin embargo de qualquier contradicion, o excepcion que contra ella ſe oponga.

PRAETEREA Las dichas ſentencias de viſta y de reuiſta fueron ſobre accion de reiuendicacion de deheſas ciertas y conocidas, y nombradas, y las partes contrarias fueron condenados en reſtitucion dellas: y en eſte caſo no fue neceſſario que de nueuo fueſſen citados, ni oydos ſobre la tal reſtitucion, vt conſtat ex notabili text. in. l. qui reſtituere. ff. de reiuendicat. donde ſe diſpone, que preciſamente ha de ſer compelido el reo por mano militar, ideſt, por executores a entregar y reſtituir la coſa en que fue condenado, idem probatur in.l. 1. & ibi, gloſſ. verbo Por ſus omes, & in.l.2. verbo Omes armados, tit.27. part.3. & in.l.20. tit.2. & ibi gloſſ. fin. part.3. & in.l.19. tit.13. part.5. verbo Por fuerça. Y aſsi quando la execucion de la ſentencia es ſobre coſa Real que ſe manda reſtituyr, no es neceſſario citar al reo, ita probat Franciſcus Marcus in deciſ. 169. num. 1. Mayormente que en eſte negocio ſe moſtraron parte los contrarios, y alegaron de ſu derecho, y nombraron ellos de ſu parte apeadores, y conocedores de los ſitios de las dichas cinco deheſas, & ſic non debuerunt amplius citari, vt in cap. eum, qui, & in. c. ſcienti, reg. iur. lib.6.

Y NO Obſta que en las ſentencias, ni en la demanda no ſe expreſſaron los linderos, como ſe requiere conforme la.l.25. tit. 2. partita.3. & .l.4. tit.2. lib.4. nouæ recopilatio. & .l. ſi in rem. ff. de reiuendicatione. Porque todos eſtos derechos, y ſemejantes proceden para que el reo eſtè cierto de lo que le piden, y que ſe pueda defender, como conſta ex.l.26. tit. 2. partit.3. in princip.

Pero

Pero en el caſo nueſtro baſtô el nombrar las dichas deheſas por ſus nombres, como lo prueua la miſma. l. 26. ibi. *Otroſi dezimos, que ſi alguno quiſieße demandar villa, o caſtillo, o aldea, o otro lugar ſeñalado, que abonda que diga, que demanda aquel lugar, diziendo ſeñaladamente qual, con todos ſus terminos, y con todas ſus pertenencias, y no ha para que dezir cada vna coſa de lo que le pertenecieße.* Y pues las dichas cinco deheſas q̃ ſe expreſſarõ en la dicha demãda fueron nombradas, y eſpecificadas por ſus nombres, y era cada vna dellas ſitio, y lugar ſeñalado, no fue neceſſario que en la demanda ſe puſieſſe mas certificaciõ, ni mas linderos, en eſpecial q̃ las partes contrarias reſpondieron derechamente, y defendieron las dichas cinco deheſas, como poſſeedores dellas, y en el diſcurſo del pleyto en prouança de la dicha demanda ſe preſento por parte del Duque la dicha eſcritura, en que el Conde de Plaſencia ſu predeceſſor dio a cenſo las dichas cinco deheſas, en la qual eſcritura eſtan los linderos, y limites de cada vna, con lo qual quedô cierto, y deslindado lo que pedia, certum enim eſt quod apparet quale, quantumvè ſit per ſe, vel per relationem ad aliud, vt in. l. certum. ff. ſi cert. petatur, cum ſimilibus. Y auiendoſe dado las ſentencias de viſta, y de reuiſta en fauor del Duque, quedò por ellas aprouada, y executoriada la dicha eſcritura, que preſento para fundamento de ſu demanda, pues ſin embargo de la contradicion que della hizieron las partes contrarias, ſe dieron las dichas ſentencias, vt in cap. ſuborta, de ſentent. & reiudicat. & ibi gloſ. verbo, Reprobaſſe.

LO Segundo, porque de derecho no ſe puede apelar de lo que haze el executor, alomenos para que la apelacion tenga efeto ſuſpenſiuo, ſino es en caſo que el tal executor exceda de ſu comiſsion, vt ſtatutum eſt in. l. ab executione. C. quorum appellat. non recip. & in. l. ab executore. ff. de appellatio, & in cap. nouit. 43. de appellatio. & in cap. quoad conſultationem, de re iudicata & in. l. 52. tit. 18. part. 3. ibi. *E del fecho que hiziere aquel a quien fuere embiada la tal carta, no ſe puede ninguno alçar, fueras ende ſi paſſare, ademas de quanto por aquella carta le fue mandado.* Et tradũt late Guidon Pap. quæſtione 436. num. 96. Parladorus, in lib. 2. rerum quotidianarum, cap. fin. 2. part. §. 3. num. 3. Speculator. in tit. de executione ſententiæ. §. nunc dicendum, num. 7. & in titu. de appellatio. §. in quibus autem caſibus, numero 5.

DEMANERA Que conforme a eſto todo el pleyto viene a conſiſtir en aueriguar, ſi el receptor hizo exceſſo, o no: y que no le aya hecho ſe prueua con euidencia, porque las ſentencias de viſta y de reuiſta que executò, mandan reſtituyr al Duque las cin

co

co dehesas sobre que es este pleyto, y el dicho receptor le entregò la possession dellas por el deslindo, y mojones que hallò tenian: vnde ab eo facta, tàm ante, quàm post appellationem interpositam, attentatorum remedio reuocari in ciuile esset, nam huiusmodi remedium non competit quoties appellationi deferendum non est, vt in cap. non solum, vbi tradunt glos. verbo, Casibus, & omnes, de appellat. in. 6. & in. l. fin. ff. de appellatio. recipiend. & in. l. 1. & per totum. C. quorum appellat. non recip. & concludunt Parladorus, & omnes supra relati, & optime Couarruu. practicarum quæstio. cap. 23. num. 4. vers. sexto, & omnino, & num. 7.

Y Porque toda via las partes contrarias hazen fuerça en dezir, que el receptor excedio en diuersas cosas, y que por el consiguiente su pretensiõ se justifica en ellas, referire quales son para satifazer a ellas, y mostrar el poco fundamẽto que tienen.

LO Primero pretenden, que excedio en no admitir la informacion que al principio las partes contrarias le ofrecieron del deslinde de estas dehesas, para que por el diera la possession al Duque, porque dizen es diferente, y que abraça, y comprehende menos tierra del que los apeadores señalaron: y pues la dicha carta executoria no lleuaua cosa liquida, ni las sentencias declaran porque partes, y lugares se deslindan las dichas dehesas, necessariamente para executarla lo auia de liquidar el receptor con citacion de los dichos concejos, vt post Bart. Bald. & alios docent Rodericus Suar. in d. l. post rẽ iudicatam, limitatione 4. Couarr. in libr. 2. variarum, cap. 11. num. 1. Auiles, in cap. 10. prætorum, glos. verbo Execucion, num. 53. & Parladorus in. d. lib. 2. cap. fin. 1. part. §. 12. limitatione. 4. à nu. 1. Y pues no lo liquidò, ni quiso admitir la informacion de los contrarios, ni quedò por ellos aueriguar lo que alegaron, se ha de juzgar en este tribunal de la misma manera que si lo vuieran prouado, ex cap. interposita. 70. de appellatio.

LO Segundo pretenden las partes contrarias, que excedio el dicho receptor en no reseruar en la possession que al Duque dio los agostaderos, monte, bellota, caça, y pesca de las dichas dehesas, porque dizen que pertenece a los vezinos, y no se litigó sobre ello, ni la carta executoria los condena: y assi quitandoselo a ellos le dio al Duque mas de lo que las sentencias mandan, que es vna de las cosas en que exceden los executores, vt notat glos. verb. excedat, in. d. l. ab executione, Speculator. in d. §. nunc dicendum, num. 7. & Rebuff. d. 1. tom. ad. ll. Gallicas, tit. de sentent. executio. art. 7. glo. 14. num. 4.

LO Tercero pretenden, que excedio en dar possession al Duque de la dehesa del Manchon, Dehesilla, y Berrocalejo, y el exido del lugar de la Poblichuela, y la dehessa Boyal, Nauahermosa, y el Borracho, y las Labores y Quinterias, porque van con letura, que son suyas, y no se comprehenden en las dehesas del Duque, de que ofrecieron informacion, & inde excessum probari intendunt ex his, quæ proxime dicta sunt.

LO Quarto pretenden excedio en no oyr a los vezinos particulares que tienen tierras y heredades en estas dehesas, auiendose opuesto como terceros, y ofrecido informacion dello, y presentado otra que hizieron fuera de aquel estado, pues ni la executoria se litigò con ellos, ni estan vencidos: y que los despojó de aquestos bienes sin admitir su oposicion, y defensa, & in eo fines mandati egressus est, cûm iure cautum sit, quòd sententia lata cõtra vnum, non potest executioni mandari contra alium non condemnatum, tertiumque possessorem, vt in.l. sæpè, cum ibi, notatis.ff.de reiudicat. & tradunt Bart. in l. à Diuo Pio. §. si super rebus, num.4. eod. tit. Innocentius in cap. cum super, num.2. de sent. & reiudic. Matthæus de Afflict. decis. 215. numer.4. Capitius, decis.91. num.1. & Rebuf. vbi supra glos.11. num.3.

LO Quinto pretenden, que excedio en executar cerca del deslindo la declaracion de los apeadores en quanto a los sitios y diferencias que vuo, de que los Concejos apelaron. Porque alegan, que siendo esta liquidacion y aueriguacion hecha por testigos, y auiendola declarado por buena el receptor por autos de que los contrarios apelaron, no se pudo executar sin embargo, vt circa liquidationem testium depositione factam ostendunt cum alijs Surdus, decis. 27. num.8. cum sequentibus, Scobar de ratiocinijs. cum. 33. num. 20. & 21. & circa declarationem, seu sententiam declaratoriam ante executionem prolatam, docent gloss. verbo ab executione, in d.l. ab executione, Gallessius, in commentarijs, de obligatione, in forma Cameræ, tit. de liquidatione, numer.3. Menochius, qui eum refert, & sequitur de adipiscenda possessione, remed. 5. quæst. 10. num. 70. cum duabus sequentibus, vnde consulunt Roderic. Suar. Couarrub. & alij, quos refert Parladorus in dict. limit. 4. num. 32. quod iudex super hac liquidatione sententiam non proferat, sed ea facta, executionem prouideat.

LO Sexto pretenden excedio en no les dar traslado a los dichos Concejos de las peticiones y escrituras que el Duque presentó para que pudiessen respõder y defenderse, tenetur namque sententiæ executor, petitionis sibi productæ copiá dare, & si non

fecerit,

fecerit, recte ab eo appellatur, teste Abbate, consil. 30. numer. 1. part. 1.

LO Septimo pretenden excedio en regirse, y deslindar las dichas dehesas por las escrituras que el Duque dize auerse otorgado quando el Conde de Plasencia su antecessor dio a censo estas dehesas, cuyo original y dos traslados presentò ante el receptor, porque la primera compulsada del archiuo de Capilla es simple, y no està otorgada, ni autorizada de escriuano, y las otras dos, que son vna misma cosa estan redarguidas de falso, y no fueron insertas en la carta executoria, y asi no auia de atender a ellas no las verificando el Duque, iuxta. l. 115. titul. 18. part. 3.

LO Octauo y vltimo pretenden las partes contrarias que excediô el dicho receptor en reuocar el deslindo que tenia hecho en la dehesa de las Yuntas, desde el sitio de Peñalobar, hasta la mojonera de Chillon, porque en el todos quatro apeadores estauan conformes, y el receptor tenia aprouadas, y executadas sus declaraciones, y no pudo mandar despues lo contrario, aunque vuiera juzgado mal, ex. l. iudex postea, & ex. l. cum quærebatur. ff. de re iudicat. & ex l. 3. tit. 22. part. 3.

PERO Ninguno destos se puede dezir excesso, ni menos justifica el atentado que los contrarios piden: ad cuius cognitionem præmittendum est, nostro in casu executorem de quo loquimur merum fuisse, is enim, cui nudum factum committitur, vel datur potestas mittendi in possessionem virtute iudicati (prout hic euenit,) merus executor dicitur, vt in. l. vt proponis, & in. l. executorem. C. de executione rei iudicat. & notant Bart. in d. l. à Diuo Pio, numer. 7. de reiudicat. Rebuf. in dict. tit. de sentent. execut. artic. 7. gloss. 16. num. 1. Parlador. in d. cap. fin. 2. parte. §. 3. à num. 1. & Menoch. de arbitra. lib. 1. quæstione 38. num. 20.

QVO Præhabito à los que de contrario se alegan por excessos se satisfaze en la manera siguiente.

Ad primum excessum.

TODO Loque aqui se alega pretediendo que fue excesso no admitir el receptor la informacion que las partes contrarias ofrecieron, se excluye por dos razones.

LA Primera es, porque el mero executor, como lo fue el de este pleyto, no tiene conocimiento de causa, ni deue admitir excepciones,

merus executor nec habet cognitionem, nec debet exceptiones recipere.

excepciones, ni prouanças, vt in d.l.si vt proponis, & in.l.executorem.C.de executione rei iudic. & in cap. Pastoralis. 28. §. quia vero, & ibi, gloss. verbo, & si sciat, de offitio, delegat. & in cap. de cætero, de senten. & reiudic. & tenent Bald. in cap. 1. numer. 2. de feud. sine culpa non amitt. in vsibus feudorum Gratianus, in regula. 178. num. 3. Menochius, Bart. Rebuf. & Parladorus, vbi proximè, Mandelus cons. 466. num. 7. & Caualcan. decis. 5. num. 18. in fin. & decis. 10. num. 30. part. 1.

LA Segunda razon es, porque el receptor no tuuo necessidad de recebir informacion sobre el deslindo de las dichas dehesas, supuesto que està expressado en la escritura de dacion a censo, que ante el, y en el pleyto principal se presento: la qual haze liquidas, y ciertas las sentencias, porque mandandose restituyr por ellas las dehesas sobre que era el pleyto, claro esta que hablan de las mismas que la escritura reza, porque el Duque no pidio otras, ni para vencer el pleyto tuuo mas fundamento que aquella escritura, por donde constô que siendo de su casa y mayorazgo, las auia dado en emphyteosin el Conde de Plasencia su antecessor. Demanera que es forçoso que las sentencias se refieran a esta escritura, & regulariter tacitè referuntur ad acta, & sufficit quôd in actis certa quantitas, vel certa species contineatur, vt sententia, etiam sine certa quantitate prolata, vel in specie petita damnans pro certa habeatur ex optima. l. 3. C. de sentent. quæ sine cert. quantit. profer. vbi explicant glos. verbo solue. Bart. & omnes, & post eos Gerardus, singul. 4. num. 13. Petrus Ancharra. quæst. 21. num. 12. cum alijs lib. 2. Bantius de nullit. ex defect. process. num. 103. cum duobus sequentibus, Alex. consil. 12. nu. 2. vol. 7. Aymõ Craueta, cons. 202. nu. 17. volum. 2. Curtius Iunior, cons. 318. num. 12. volum. 3. Caualcan. decis. 7. num. 9. part. 1. Seraphinus, omnino videndus, in tractat. de priuileg. iurament. priuileg. 77. num. 46. & 47. Y supuesto que las sentencias de la executoria conforme a derecho, y a lo que esta dicho se refieren a la dicha escritura, y en ella estã las dehesas deslindadas, se han de regular de la misma suerte que si en las sentẽcias fuera expressado el deslindo, nam relatum censetur esse in referente cum omnibus qualitatibus suis, vt in. l. asse toto. ff. de hæred. instituend. & in. l. si ita scriptum. ff. de conditio. & demonstratio. & notant in specie nostra Bantius, vbi proxime, & melius Zauala decis. 19. num. 22. & confirmatur ex doctrina Bart. & aliorum, quos refert Parlador. in. d. cap. fin. 1. part. §. 11. ampliatione. 4. intrepide asserentium, quòd instrumenta publica, non solum paratam habent executionem, quantum ad ea, quæ in illis expressim,

ſim,& principaliter continentur,ſed etiam quantum ad ea,quæ in illis tacitè,aut indirectè comprehenduntur. Demanera que el dicho Receptor liquidas ſentencias tuuo, y para executarlas no vuo meneſter informacion,ſino conocer los ſitios y mojones q̃ la dicha eſcritura de cenſo cita,y dar poſſeſsion por ellos, y quãdo vuiera de recibir informacion para liquidar las ſentencias, ſolo a el Duque le incumbia el darla, como actor, que pidio la execucion,ex Parladoro vbi proximè.§.12.limit. 4.& Couarruu. Rebuf.& Auiles vbi ſupra. De que reſulta no ſer a propoſito para nueſtro caſo el capitulo interpoſita de appellat. que en fauor de las partes contrarias queda ponderado: porque habla en pleytos ordinarios, y prouanças que el juez inferior deue admitir: Y no teniendo (como verdaderamente no tuuo) conocimiento de cauſa el Receptor,no hizo agrauio en no admitir la probança que le ofrecieron, y en eſte tribunal la excepcion de los Concejos ſe ha de prouar plenamente antes que ſe deshaga lo hecho por el dicho Receptor: porque todas las vezes que aquel, ante quien ſe propone la excepcion, y ſe ofrece la prueua, no puede hazer aquella probança,no graua a la parte en no admitirla, aũque ante el ſe ayan ofrecido incontinenti a probar la excepcion, y eſta es vna de las excepciones que pone Abbad a el d. c. interpoſita,ibi,numero.5.verſic.11.fallit primo, & numero. 6. verſic. fallit quarto,y fue limitacion de Iuan Andres in capite ex parte Adæ,de teſtibus, quem refert idem Abbas num. 9. verſic. noua ſolutio,y es la razon porque es vano y ſin fruto el ofrecimiento de prueua ſi falta perſona legitima que la pueda admitir:Ita probat Innocent.in.d.c. interpoſita numero.5.in fine. Y (como dize Abbad ibidem numero.5.) el ofrecimiento de prueua detegit iniquitatem Iudicis nollendo recipere probationem iuxta officium ſuum. Y no ſiendo (como no era) el oficio del Receptor reciuir,ni hazer eſtas probanças,ni juzgar ſobre ellas,no hizo agrauio a la parte en no admitir la probança que ofrecia, y lo que executò ſe ha de guardar haſta que en eſte tribunal las partes contrarias ayan ſuficientemente prouado lo contrario,& in hoc eſt text. expreſſus, in dict.cap. ex parte Adæ de teſtibus.

Ad ſecundum exceſsum.

INIVSTAMENTE ſe quexan los contrarios de no les auer dado, ò reſeruado el Receptor el aprouechamiento de el mõte y bellota,y lo demas que ante el pidieron. Y el hizo

lo que deuia en remitir a esta Real Audiencia aquesta pretension, porque el mero executor, como no tiene conocimiento de causa (vt iam repetitum est) ha de remitir a el juez que le nombrò las excepciones, y oposiciones que ante el se propusieren, ex dicto cap. de cætero de sentent. & re iudic. glos. verbo, & si sciat in dicto cap. pastoralis. §. quia vero de offit. delegat. Bart. & reliqui in dict. l. à Diuo Pio de re iudicat. Rebuf. vbi supra glosa. 9. num. 8. Y en estas (aunque el Receptor pudiera oyr a las partes contrarias) ningun fundamento tienen, porque estan condenados en restitucion de las dichas Dehesas, y es parte dellas lo que aora piden, y asi les obsta la excepcion de cosa juzgada: porque el vencido en el todo no puede boluer a pedir parte de aquella cosa sobre que fue vencido. Vt probatur in. l. si quis cum totum, & in. l. egi tecum. §. item si fundo. ff. de except. rei iudic. Y de derecho aunque no huuiera cosa juzgada, el arbol es de aquel en cuya tierra nace, vt in. l. adeo. §. fin. & in. l. qua ratione. ff. de acquirend. rerum domin. §. si Tititius, cum. §. sequenti, institut. de rerum diuis. & in. l. Quintus. 41. ff. de action. empti. l. 7. & l. 26. tit. 28. part. 3. Y el fruto por el consiguiente es del proprio dueño del arbol. l. vnica. ff. de glande legenda. l. qui seruandarum. §. fin. ff. de præscriptis verb. l. cum manu sata. 80. §. sylua cœdua. ff. de contrahend. empt. l. 18. tit. 28. part. 3. l. 15. tit. 4. lib. 3. fori, & testatur Couarruu. practicarum cap. 27. num. 3. Y lo mismo es de la yerua y aprouechamiento del agostadero y de la caça y pesca, que todo pertenece a el Duque, nam licet regulariter piscatio & venatio prohiberi nequeat, potest tamen dominus fundi prohibere ne aliquis ingrediatur fundum ad venandum, seu piscãdum, vt in. l. 17. tit. 18. part. 3. & docet Auend. in tract. de venatione in princ. casu. 8. &. 9. Con que se prueua que nada de lo que piden las partes contrarias es suyo, y la escritura de dacion a cẽso los condena, porque en ella recibieron del Conde estas Dehesas y todos los aprouechamientos dellas: y vna de las declaraciones y condiciones con que se hizo el contrato fue, que los agostaderos de estas Dehesas, y de todo el termino de la dicha villa de Capilla y su tierra, se entendiesse ser perpetuo del dicho Conde, y de sus successores, y que los vezinos lo auian de pacer con sus ganados en la forma que hasta alli lo auian hecho, pagãdole su derecho, segun lo solian pagar, con que se prueua la possession que el Conde tenia y han tenido sus successores. Solutio etenim pensionis probat possessionem contra conductorem, seu colonum, vt in cap. cum venisset de restitutione spoliatorum, & ibi Panormitan. & Bald. latè Tiraquell. in tract. de constituto.

3.part.limitatione.1.num.21.& 22.vbi alios citat. De que resulta que posseyendo los dichos Cōcejos y vezinos estas tierras y Dehesas por titulo,y como emphyteotas de el Duque, y sus antecessores,no pudieron resistir la restitucion que se les mandò hazer,ni oponer contra el dominio y señorio que el Duque tiene, pretendiendo parte de el,ex.l.siquis conductionis.C.locati, & l.si alienam rem.ff.soluto matrim. & notant Caualcanus decisi. 44.n.109.cum alijs sequentibus part.1.& Franciscus Marcus decis. 509. numero. 4. De que tambien nace que el Receptor no les hizo en esto agrauio alguno,ni dio a el Duque mas de lo que le pertenecia conforme a las dichas sentencias de vista y de reuista,y carta executoria.Y verdaderamente admira que las partes contrarias hagan tanta instancia en dezir que en dar el Receptor a el Duque la possession de estas Dehesas sin las dichas reseruas,excedio,y hizo atentado, pues si la diera con la dicha reserua,dexaua frustrado el efeto de la dicha carta executoria, porque si se les quita a las dichas Dehesas el agostadero, monte, bellota,caça,y pesca,quedaua vacia y sin efeto la dicha possessiō, pues lo que se litigò fue la propriedad y señorio de las dichas Dehesas,las quales (si les quitan el fruto que viene en consequencia) son de ningun momento, & proprietatis verbum simpliciter prolatum demonstrat plenam proprietatem, continens omne ius,& vtilitatem fructuum,Ioannes Faber.in.l.naturaliter. §. nihil commune numero.11.ff.de acquirend.possessione,vbi Doctores,Socinus Iunior consil.18.Casaneus in consuetudinib.Burgundiæ rubr.1.de iustices.§.2.glos.obterritoriè, & Ioannes del Castillo in lib.1.c.75.numero.4. & 5. & fructus nomine propriè continetur id,quod ex re immediate nascitur, & renascitur. l. vsura.ff. de verborum significat.l.qui se.l.cum quis.ff.de conditio. ob caus. Doctores in.l.diuortio.§.si vir.ff. solut. matrimon. vbi Barbosa.n.35.& 36. Y assi dize bien a este proposito Ioannes Gartia in tracta.de expens.& melioratio.c.23.numer.1.2. & 3. & Castillo de vsufruct.lib.1.c.36.num.6.in fine,que la palabra frutos,ita interpretari debet,vt iuxta qualitatem rei, de qua agitur, amplam omnem videtur vtilitatem continere. Y si el fruto de las dichas Dehesas son los agostaderos, y el monte de donde se saca la leña,yerua,y bellota,caça, y pesca, y esto el Concejo de Capilla se lo quiere quitar, vernia la dicha excepcion no a modificar la executoria (como la parte contraria alega) sino a deshazerla y contrauenirla de todo punto; y quando la excepcion que se opone contra la cosa juzgada es derechamente contra ella,no se admite,cúm vere obstet exceptio rei iudicatæ, vt probatur

batur

batur in.l. peremptorias, & ibi notant communiter scribentes. C. sententia rescind. non posse. Y no se puede entender auerse dado a el Duque las dichas Dehesas, si el vsufructo dellas se le quita, cum pars rei vsusfructus dicatur, vt in.l. si ita stipulatus fuero.§.1.ff.de verborum obligatio. & sic quando petito fundo, petitur postea vsusfructus obstat exceptio reiiudicatæ, vt est tex. expressus in.l.si cum testamento. §. si fundum. ff. de exceptione reiiudicatæ.

Y aunque la parte contraria diga (ex Parladoro lib.2. rerum quotidianarum.c.fin.quinta part.§.11.num. 25.& ex Auendaño, & Padilla,& alijs, quos omitimus) que contra la cosa juzgada se admiten las excepciones que modifican la sentencia (demas de que los dichos Doctores expressamente dizen que las excepciones que derechamente van contra la sentencia no se admiten) hablan quando en la execucion se proponen aquellas excepciones que a principio veniunt, vel ex natura contractus, vel ex priuilegio personæ illius, contra quem agitur, & in hoc casu loquitur text.in.l.Nensenius.§.insolidum.ff.de reiudicat. Donde el donador estaua condenado insolidum, & quia donatarius non condenatur, nisi inquantum facere potest: dize el texto, que esta excepcion se admite in executione, y en terminos de esta excepcion, y sus semejantes hablan los dichos Doctores, y mas en particular Bart.in.l.à Diuo Pio in princ.n.8.ff.de reiudicat. que dize que ante el executor tan solamente se pueden poner las excepciones, que solum respitiunt executionem, como son, ne quis cōueniatur vltra quam facere potest, & similes, pero no las otras, quæ infringunt sententiam, y con esto mismo va el dicho Parladoro, vbi supra.numero.25. Ioannes Gutier.de iurament. confirmat.lib.3.c.37.& Azeued.in.l.1.tit.21.n.67.lib.4.nouæ recopilatio. Pero ninguno de los dichos Doctores dize que si vno es cōdenado en mil, que se admita excepcion en la execucion por dōde se diga que no deue mas de quinientos, cum in hoc sententia infringatur, quod probatur ex dict. l. peremptorias. C. sentent. rescind. non posse. Y lo mismo es dezir auiendo sentencia de la restitucion de las dichas Dehesas, que no se han de restituyr con el vsufructo, y para que los dichos Doctores hablaran a proposito era necessario, vt loquerentur in exceptionibus, quæ perimunt perpetuo ius actoris, y no en las referidas, quæ solum moderant, & dilatant, y asi lo dize Azeuedo in.d.l.1.tit. 21. nume. 67. y por esta razon dize poderse oponer las dichas excepciones, quæ moderant, & dilatant, no solo quando se executa, sino tambien dada la sentencia de remate, & etiam post vltimam subha-

stationem,

ſtationem, y aſsi la parte contraria no alega ni trae en eſte punto razõ concluyẽte, ni autor que hable a propoſito, ſino todos en terminos de las dichas excepciones, que limitan, y moderã deſde ſu principio, o por la miſma naturaleza del contrato, o por priuilegio de la perſona condenada, mayormente que todo eſto que pretende la parte contraria no es para el articulo de atentado, ſino para la juſticia principal.

Ad tertium exceſsum.

HECHO Llano es deſte pleyto que el Manchon y Berrocalejo, y los demas ſitios que en eſte exceſſo refieren los cõtrarios, eſtàn incluſos en las Deheſas ſobre que es eſte pleyto conforme a los linderos de la dicha eſcritura de dacion a cẽſo, y en ella miſma deſlindando la Deheſa de Piedra ſanta, ſe declara que la Deheſilla (que los contrarios dizen aqui que es ſuya) es aneja a eſta Deheſa de Piedra ſanta, y deſlindando la deheſa del Berrocal, ſe dize expreſſamẽte q̃ el Borracho, y Naua hermoſa eſtan dentro deſta deheſa: y aunque llama a eſtos dos ſitios quinterias y labranças de Capilla, no es porque fueſſen del Concejo, ſino porque los anteceſſores del Duque ſolian dar en arrendamiento eſtas Deheſas a los Concejos y vezinos de aquel eſtado, y hazia cada Concejo ſus labores en la parte que le tocaua, y para diſtinguirlas, dauanles el nombre del lugar que labraua en cada vna, y aſsi ſe colige de la miſma eſcritura, donde el Conde dize les da a cenſo las Deheſas, y las labores dellas que los Concejos ſolian tener en arrendamiento. Y como el Receptor por ſer mero executor no podia admitir aqueſtas excepciones, y las tenia remitidas a eſta Real Audiencia (vt ſæpe dictum eſt) y a el ſe le cometio el entregar al Duque eſtas Deheſas, hiziera mal en no ſe las entregar enteramente; nam executor vti mandatum ampliare non poteſt, ita neque reſtringere, vt animaduertit Vera deciſione.333. nu.3.part.1. Y ſi quitara della eſtos ſitios, y la bellota, y los demas aprouechamientos que las partes contrarias piden, fuera reſtringir la dicha carta executoria, y ſu comiſsion tambien, pues por ella ſe le manda entregue las Deheſas: y eſta palabra *Deheſas*, ſe ha de entender integralmente, nã verba indefinita, æquipolent vniuerſalibus, vt in.c. quia circa de priuileg. & in.c.1.19. diſtinct. y no le diera al Duque Deheſas enteras ſi le quitara eſtas coſas que ſon parte dellas, integrum namque dicitur quod ſine diminutione ex omnibus partibus

D ſuis

integrum, quod ex omnibus suis partibus constat, absque diminut.

suis constat, vt in cap. cum inter 29. & ibi glos. fin. de verborum significat. & in. l. Iulianus. §. offerri. ff. de actio. empt. & docent Rebuff. in. l. Silua cedua. §. integra, verbo, Secundo, & vers. vigesimoseptimo. ff. de verborum significatione, & Speculator, in tit. de hæreticis, in fine: vnde merito dixit Ioannes Gutierr. in lib. 2. Canonic. quæstio. cap. 27. numer. 26. quòd domini Pascuorum plenum dominium non haberent si eis inuitis possent ibi vicini ligna incidere. Y juntamente con la dicha Carta executoria concurre en fauor del Duque la presumpcion de derecho, segun el qual todo lo que esta dentro de los limites de mi fundo, ó mi dehesa, se presume ser mio, vt in. l. æde sacra. 73. §. intra maceriem. ff. de contrahend. emptione cuius conclusionem late exornat Casaneus in consuetudin. Burgund. ti. seu rubrica, desmains mortes. 9. §. 4. & refert Mascar. de probatio. concl. 393. nu. 14. inde est quod media præsumuntur esse cuius sunt præcedentia, & sequētia, & probatis extremitatibus, probatur mediū, ex adductis per Hieronym. de Monte. in tractat. finium regund. c. 93. num. 2. & 3. Y con auer de parte del Duque tan manifiesto derecho reseruò el receptor en la possession que le dio el de los contrarios en caso que alguno tengan en esta pretension para que le puedan pedir en esta Real Audiencia.

Y porque las partes contrarias hā querido dar a entender que algunos destos sitios son exidos, y dehesas de los proprios concejos, vt inde præsumatur separata esse à pascuis præfati Ducis: se ha de aduertir, que demas de no constar desto, como teniā por suyas estas dehesas, y las posseyeron tantos años en virtud de la dacion a censo, distribuyanlas, y diuidianlas a su modo para mejor aprouecharse dellas: y assi tenian en vna parte sitio para ganado bacuno, y en otras para lanar, y cabrio, y en otras para el de cerda, poniendo coto, y mojones para que el vn ganado no passasse donde se apacentaua el otro, como lo declaran los apeadores en el deslindo, que ante el dicho receptor hizieron: y de la misma manera podian auer señalado por exido, o por dehesa de ganado de labor algun pedaço, que es lo que llama el derecho destinar por regiones. l. quod in rerum. §. si quis post, vbi Bart. num. 1. ff. de legat. 1. & in. l. si quis duas. §. si quis parte. ff. commun. prædiorum. Y esta diuision por regiones no haze diuersa heredad, ni diuerso fundo, sino parte del mismo fundo de donde se distingue, y assi la llaman las dichas leyes, vt in. l. planè. §. fin. ff. de legat. 1. & in. l. communi diuidundo. §. Neratius scribit. ff. commun. diuidund. Y siendo esta diuision, y destinacion por regiones parte de las mismas dehesas, como verdadera-

mente

mente lo es, entre la diſpoſicion de la .l. ſi quis cũm totum. ff. de exceptione rei iudicatæ, que diſpone que no puede boluer a pedir la parte aquel que eſta condenado en el todo.

Ad quartum exceſſum.

LA Reſpueſta que ſe ha dado a los exceſſos y agrauios precedentes ſatisfaze parte deſte, pues por la miſma razon que los vezinos particulares que por ſu intereſſe ſe o puſieron alegaron, que ſus heredades eſtan dentro deſtas deheſas no pudo el receptor, que ſolo yua a dar poſſeſion dellas, quitarſela en parte al Duque, teniendo en ſu fauor la dicha carta executoria, y preſupcion (que ya queda aduertida,) y ſiẽdo el dicho Receptor, vn nudo miniſtro de entregar eſtas deheſas: y aſsi guardo juſticia en remitir la pretẽſion deſtos terceros a eſta real Audiencia, y en dar ſin perjuyzio della poſſeſsion al Duque, como a tras queda fundado.

A lo qual no obſta ſi ſe replicaſſe, que el tercero que ſe opone a la execucion por ſu intereſſe deue ſer oydo, etiam via ordinaria, ex .l. 41. tit. 4. lib. 3. nouæ recopilat. & quæ ad ea notant Gutierrez in .l. nemo poteſt, num. 59. ff. de legat. 1. & in lib. 1. practic. quæſtione 94. Gratianus, in regula. 418. Couarru. practic. cap. 16. Y que por el miſmo caſo impide la execucion, iuxta ea, quæ congeunt Oſſaſcus deciſ. 38. Franciſcus Maſcus, quæſt. 76. part. 1. & q. 538. part. 2. Ioſephus Ludouicus, deciſ. Peruſina, 26. Couarrub. & omnes ſupra relati.

Porque ſe reſponde, que eſto no ha lugar quando la opoſicion ſe haze ante mero executor, porque eſte como no tiene conocimiento de cauſa no puede admitir opoſiciones ſemejantes, ſino remitirlas al juez de quien emanó ſu comiſsion, vt iam reſolutum eſt. Y aunque Couarru. confeſſando eſta doctrina, in .d. cap. 16. num. 5. ſigue la cõtraria exiſtimans iudicem requiſitum, qui meri executoris uices obtinet, tertium audire poſſe, per text. in d. l. á Diuo Pio. 5. ſi ſuper rebus, no nos daña ſu opinion, porque habla en execucion que ſe haze por deuda, o condenacion de cantidad en bienes que el tercero poſſee, o en que pretende tener mejor derecho, y no en bienes condenados in ſpecie, como lo ſon en nueſtro caſo, en el qual ay diferente razon para que el executor no pueda entremeterſe, ni oyr al tercero, porque las ſentencias de viſta y de reuiſta (como auemos dicho) mandan entregar al Duque eſtas deheſas: y ſi el dicho Receptor tratara de admitir

al q̃ pretende tiene parte en ellas, fuera venir contra la coſa juzgada, y vſurpar la juriſdicion de ſu ſuperior, vt ait. d.l. ſi vt proponis. C. de execut. rei iudic. Con lo qual tambien concurre que el juez requerido tiene algun conocimiento de cauſa, porque ſe le da el derecho, ex. d. §. ſi ſuper rebus legis à Diuo Pio, como tambien lo tiene, para ver ſi la requiſitoria con que es requerido va juſtificada, vt adnotant Doctores in. d.l. à Diuo Pio. §. ſententiam Romæ, & Couarrub. pract. c. 10. n. 2. & 7. y eſto no lo puede hazer el mero executor, cui executio ſententiæ committitur, porque la ha de executar ſin que pueda diſputarſe ante el ſi eſtà juſtificada o no, ex. d.l. ſi vt proponis. C. de excutione rei iudicatæ, y en la execucion de las ſentencias de reuiſta de las Chancillerias eſto es mas indubitable por la diſpoſicion de la .l. 3. tit. 17. lib. 4. nouæ recopilat. que ya queda citada.

Menos obſtan los autores y derechos que en fauor de las partes contrarias ſe traxeron para probar que la ſentencia no ſe deue executar contra el que no litigò, ni ſale condenado, porque eſta regla padece algunas excepciones, vna de las quales haze a nueſtro propoſito, y es que quando ille, cui actio, vel defenſio primo loco competit, patitur, vt agat is, cui ſecundo loco competebat, veluti ſi venditor de proprietate rei emptæ, patiente poſſeſſore agat, tunc enim res iudicata nocebit illi, ex. d.l. ſæpe cum ibi notatis. ff. de rei iudicat. & .l. 20. tit. 22. part. 3. & quæ docet Couarrub. practic. quæſtio. c. 13. à num. 7. Y eſta limitacion ſe ajuſta a nueſtro caſo, porque las heredades que los vezinos han hecho en eſtas Deheſas han ſido por orden y licencia de los Concejos, y repartiendoles en razon dellas la parte que les tocaua para pagar al Duque el cenſo del emphyteoſin, como conſta de algunos repartimientos que por ſu parte ſe han preſentado en eſte pleyto; y el auer litigado los Concejos, no ſolo ha ſido con ſabiduria y paciencia de los vezinos, pero en ſu nõbre tambien, y contribuyendo ellos para las coſtas y gaſtos del pleyto en defecto de proprios, como por el Duque eſtà alegado ante el dicho Receptor, ſin que ſe aya cõtradicho por los dichos vezinos, quorum taciturnitas, tacitam confeſsionem inducit, ex. c. 2. de accuſſatio. in. 6. De que ſe infiere que no pudieron los dichos vezinos eſtoruar con ſu opoſicion la execucion que ſe hizo, nam quoties ſententia nocet tertio poſſeſſori. ſicut reo principali, cõtra quem fuit lata, iſte tertius non poteſt ipſius executionem impedire, vt indicant Menochius conſ. 319. lib. 4. & Couarrub. practic. d.c. 16. numero. 2. verſic. ſed & ſi tertius. Y como quiera que ſea, afirmamos a V. m. por verdad infalible que el Duque

aunque

aunque pudiera (conforme a esta conclusion) despojar a los vezinos destas heredades, no lo ha hecho, porque quiere que primero se prouea en este tribunal para justificar mas su causa, y assi lo tiene pedido en sus agrauios, y es vna de las cosas que en difinitiua se han de determinar, porque en hecho de verdad los dichos vezinos se estan en su possession como de antes, teniendole ocupada mucha parte destas Dehesas, y el Receptor tampoco se hallarà que aya dado possession al Duque de ninguna destas heredades, ni mandadosela dar, porq̃ solo proueyô a la oposicion de los vezinos, que se diesse possession al Duque de las dehesas, sin perjuyzio del derecho de los terceros, con que quedò illeso, y no les prejudica este auto, vt cum Baldo aduertit in nostra specie Rebufus in.d.artic.7.glos.11.numero.3. y assi le executò en solas las dehesas, sin excluyr a los terceros de sus heredades, y por esso no se ha ocurrido por su parte a pedir cosa alguna, y es cierto que si estuuieran despojados, acudieran y no vuieran callado onze años que ha que se librô la carta executoria. Y aunque en las peticiones el procurador de los Concejos, dize tambien en nombre de los vezinos, no ha sido con orden suya, sino en virtud de los poderes que dieron quando el Receptor estaua executando la dicha carta executoria, con el temor que tuuieron de que los auia de despojar, ni hallarà V.m. que en todas las peticiones aya agrauio particular de los vezinos, ni que se diga que estan despojados de tal y tal cosa, sino vna generalidad incierta que los abogados mezclan, para exajerar mas la querella que del Receptor proponen.

Ad quintum excessum.

EL Principal fundamento que las partes contrarias traen para justificar su atentado, es el que aqui refieren de que el receptor no pudo executar el deslindo que los apeadores hizieron estando apelado del. En exclusion del qual se ha de aduertir, que el dicho receptor para entregar al Duque estas dehesas no tuuo obligacion de citar a los contrarios (aunque regularmente en execucion de sentencias es necessario citar,) porque quando la condenacion fue Real, y la sentencia se executa en la misma cosa cõdenada, no es necessaria la citacion, como lo resuel uen pôst Bart. & alios, in.d.l. à Diuo Pio.§. in venditione, Frácis cus Marcus, quæst.169. & Iosephus Ludouic. decis. Perusina. 6.nu. 1. Sin que a esta doctrina obste la de Francisco Marco. in d. decis.

169.num.3.dicentis quod in plantatione limitum virtute reiudicatæ faciēda, qualisqualis cognitio requiritur ad verificādum loca vbi debent plantari limites. Porque presupone que el pleyto, y sentencia de que habla, era sobre terminos, y juridiciones distintas, y que solo se trataua de poner mojones para diuidirlos, y que cada vno conociesse hasta donde llegaua su juridicion, que en efeto viene a ser vna accion finium regūdorum, en que se trata solo de poner limites, y mojones, y este es vn juyzio ordinario en que posseyendo dos quieta y pacificamente dos heredades que alindan, tratan de diuidirlas y amojonarlas para posseer cada vno su parte: y en este caso es pleyto ordinario, porque se comiença y trata sobre solo aquello, y han lugar en este caso las razones y doctores que las partes contrarias en su fauor alegan de Burgos de Paz, y de otros que dizen, que este juyzio no es executiuo, sino ordinario, porque como ambas partes posseen, ygual y principalmente, y solo se trata de poner los mojones, y para solo aquello se arma, y haze el juyzio, es fuerça sea pleyto ordinario, y que se siga por los terminos ordinarios, porque no ay en ello agrauio de ninguna de las partes, pues ambos litigan con su possession, y gozan, y desfrutan enteramente, y es fuerça la final sentencia se execute sobre el pleyto ordinario, que se començo solo, sobre si se han de diuidir, y poner mojones, o no.

Pero en este pleyto no se ha tratado, ni trata de la accion finium regundorum, ni a su principio se trato, sino vn juyzio y demanda ordinaria, y reiuendicacion destas dehesas, en las quales siempre el Duque pidio cosa cierta, nōbrando las dehesas cōforme a lo dispuesto en la l.26.tit.2.part.3. que dize basta que se pida vn lugar señalado, con sus terminos y pertenencias, sin dezir cada vna cosa que le perteneciesse en particular. Y demas desto presento el Duque para prueba de su intencion y demanda, la escritura de censo, donde se contienen los mojones, y linderos, y sobre ello contestô el pleyto el Concejo, dandose por certificado, y sabidor de todo lo que se le pedia, conforme a la d.l.26. Declarose por sentencias de vista, y de reuista ser suyas, y pertenecerle al Duque las dichas cinco dehesas, y se le mandaron restituyr, y el receptor fue a executar estas sentencias conforme a la l.qui restituere.ff. de reiuendicatione. Demanera que el dicho receptor fue vn executor diputado para dar la possession al Duque estas dehesas, el qual no pudo tratar de otra cosa, ni tuuo juridicion para mas de aquello en que la dicha carta executoria le diputaua, que era dar al Duque la possession cō efeto. Y en esto las partes contrarias se conuencen, pues por vna parte llaman

este

este juyzio finium regũdorum, y lo hazen ordinario, y por otra quieren que vn executor pudiesse conocer del, y que ante el, como si fuera ordinario se armara el juyzio contra todo derecho que le deniega la juridicion: y supuesto que el receptor yua a dar al Duq̃ la possession, en virtud de la Real executoria, le fue fuerça cumplir aquello, y dar con efeto al Duque la possession con asignacion de linderos, porque alias no cumplia con el tenor de la dicha executoria, vt probant Bald. in. l. venditor. §. venisse. ff. de hæreditat. vel actio. vendit. & Mattheus de Afflict. decis. 341. ad fin. Y para la asignacion de los tales terminos, y linderos bastò qualisqualis probatio, vt dicit Franciscus Marcus decis. 163. num. 3. porque esta asignacion se tiene por sumaria, vt determinat, text. in. l. si quis super. C. finium regundorum, que dispone que basta q̃ vaya a señalar el lugar el agrimensor, o apeador nombrado, vbi gloss. verbo, terminetur dize, que basta quód motu iudicis terminetur, y es en si tan sumaria que aun en juyzio plenario, y quãdo super ea sola est iudicium deuenitur ad diffinitiuam, etiam lite non cõtestata, ita probat Bart. in. d. l. si quis super num. 2.

Y en quanto la parte contraria trae para su proposito, y dize ser in indiuiduo para en este caso que en no otorgar la apelacion el dicho receptor hizo attentado, la decision suprá alegada de Mateo de Afflictis. 341. y a Gerony mo de Monte, y Lanceloto que la refiere. La dicha decision es muy diferente deste caso, y antes es en nuestro fauor que en contra, porque presupone, que el pleyto fue sobre cierto territorio, y salio sentencia en fauor de vna de las partes, y pretendio la vencedora, que en virtud de la primera sentencia se pusiessen los terminos: los cõtrarios insistieron, en q̃ se executasse la sentencia por no estar executoriada, y pender la reuista, dize, que en virtud de la primera sentencia se dio la possession del termino, y se pusieron los mojones. De manera que la dificultad de aquella decision estuuo en que si por la primera sentencia dadas sobre el principal, y propriedad del territorio, que pendia en reuista, se auia de dar la possession del territorio, y deuian ponerse en su consequentia los mojones, y dize que si, por traer la primera sentencia aparejada execucion. Y se infiere que la dicha decision es en nuestro fauor, pues no solo ay vna sentencia, en que se declaran las dehesas por del Duque, y se le manda dar la possession dellas, pero esta sentencia està cõfirmada en reuista, y executoriada, y no se espera reuocacion dellas: y es fuerça darse la possession en virtud dellas, la qual absque asignatione terminorum dari non potest, como lo dize

Bald.

Baldo,in.d.§.veniſſe, y la da por razon final Afflictis ibidem, verſ.quod nōdicitur. Y como eſta dicho el caſo de la d. deciſion de Franciſco Marco.169.num.3.es vna accion finium regundorum,que es diferente caſo del nueſtro,donde ſe trato de reiuendicacion,y vuo condenacion, y coſa juzgada de coſa cierta, y liquida, ſin que para la execucion della faltaſſe mas de reconocer los ſitios,y mojones, y ſin embargo deſto, y de que pudo el receptor,como quiera que ſe certificaſſe del deslindo de las deheſas dar poſſeſsion al Duque ſin citar a los Concejos, vt mox referebamus, quiſo a mayor abundamiento hazer eſto, con aſsiſtencia y citacion de las partes,y que cada vna nombraſſe dos apeadores,o conocedores que fueſſen a le moſtrar los ſitios,y deslindos que la eſcritura de dacion a cenſo llama: y eſte modo de reconocer y deslindar heredades, no es nueuo en el derecho, ni en la practica tampoco, ſolent namque nominari quoties controuerſia finium orta eſt,vt patet in.l.3.C. finium regundorum,& in .l. de modo.ff.eod.tit.vbi menſores, ſeu arbitri nominantur, y en las haziendas de los Moriſcos que por el rebelion deſte Reyno ſe adjudicaron al patrimonio Real, ſabe V.m. que para deslindarlas no ſe hizo mas diligencia que nombrar en cada lugar vno ó dos apeadores y conocedores, y dar poſſeſsion a ſu Mageſtad de lo que eſtos deslindaron. Y en aprecios y taſſaciones de mejoramientos,y otras coſas ſe acoſtumbra mandar que las partes nombren perſonas que las hagan,yel juez por el q̄ no nombrare, y tercero en diſcordia,vt refert Ioannes Gartia, de expenſi. cap. 24.num. 18. Y lo miſmo ſe diſpone para hazer cuentas exequibles,per l.24.tit.21.libr.4. nouæ recopilatio. Y es ſin duda que ſe deuio executar la dicha declaracion de los apeadores, porque depende, y ſe haze en virtud de la executoria Real que manda dar la poſſeſsion de las dichas deheſas, y para darla fue fuerça q̄ ſe verificaſſen los terminos, y mojones antiguos:y en hazerla, y poner los mojones el receptor no excedio de ninguna manera, porque en la execucion de la ſentencia videntur omnia ei cōmiſſa,ſine quibus commode executio fieri non poteſt.l.2.ff. de iuriſdict. omni. iudic.l.ad rem mobilem.l.legatum.ff. de procuratorib.& in terminis tenet Franciſcus Marcus, deciſ.173.& 174. per totam,part.1. Y claro es que ſi yua a dar la poſſeſsion de las deheſas,que auia de hazer verificacion de quales eran, y como en el todo podia executar y era aquel ſu principal oficio, en el acceſſorio tambien,y con mucha mayor fuerça le competia la execucion, porque eſte articulo de la liquidacion habet ſe,vt incidens in executione ſententiæ, vt in Clementina diſpendioſam,de iuditijs,

ditijs, Octauianus Oſaſc. deciſ. 129. nu. 10. & Scobar, de ratiocinijs. c. 33. nu. 24.

Laqual verificacion hizo el dicho receptor de los miſmos autos, y por la miſma eſcritura de cenſo principal preſentada en el pleyto por el Duque, y como los Concejos negaron ſer aquellos los terminos, cumplio el receptor con nombrar los apeadores, los quales debaxo de juramento, declararon, y certificaron por donde yuan los terminos, y mojones de la dicha deheſa, y no ſe contento el dicho Receptor con ſolo eſto, ſino que lo fue mirando ocularmente; deſuerte que por la liquidacion vuo inſtrumento antiguo, y declaracion jurada de los apeadores, y viſta de ojos: y eſta dize ſer verdadera certificacion de los limites Franciſcus Marcus, deciſ. 208. per totam: y eſta verificacion es la que ſe deue executar, como lo determina aſsi miſmo el dicho Fráciſco Marco en la deciſ. 169. nu. 3. Y aunq̃ la parte contraria trae en ſu fauor las dichas deciſiones, diziendo, que reſueluen que ha de auer nueuo juyzio, y conocimiento de cauſa, ſobre eſta verificacion: engañanſe en dezir, que ſegũ ellas aqueſte juyzio ha de ſer ordinario, y que la apelacion ſuſpende la execucion. Porque antes reſueluen que eſta verificacion ha de ſer ſumaria, haziendoſe en la dicha forma por declaracion de apeadores, y conocedores en la execucion de la tal ſentencia, como lo dize el dicho Franciſco Marco, in d. deciſ. 169.

Y aunque la parte contraria dize, que deſta liquidacion ſe puede apelar, y trae para ello lo que reſuelue ex alijs, Ioannes Gutierr. lib. 3. pract. quæſt. 39. num. 13. & 14. y dize aſsi miſmo que ſobre eſta liquidacion ha de auer probanças de vna, y otra parte, y ſe admiten excepciones: lo que cerca deſto trae no es a propoſito, porque el dicho Doctor, y los demas que trae hablan en liquidacion de marauedis, y de interes, que la miſma parte ha de hazer con informacion de teſtigos: y no es marauilla que en eſte caſo, como en probança hecha por la miſma parte aya duda, ſi ha lugar ô no la apelacion, y ſe admitan contrarias prouãças, y excepciones. Pero nueſtro caſo es muy diuerſo, porque tratamos de executar ſentencias de viſta y de reuiſta q̃ condenaron en reſtituciõ de coſa Real, y cierta, que para verificar la identidad baſta q̃ le conſtaſſe al executor por la dicha eſcritura antigua, y por la demonſtracion ocular que le hizieron los dichos apeadores nõbrados por ambas partes, vt conſtat ex traditis à Franciſco Marco, in d. deciſ. 169. Y aſsi no pueden las partes contrarias formar agrauio, pues lo miſmo diſpone la d. l. ſi quis ſuper. C. finium regund. el qual dicho text. diſpone que ſe nombren agrimenſores

 que

que ſeñalen el lugar por donde ſe ha de dar la poſſeſsion, y que ſeñalado ſe acabe eſte juyzio, vbi gloſſ. verbo terminetur (vt ſupra dictum eſt) dize, que ſe determine motu iudicis. Demanera que no ha de auer ſegundo litigio ordinario ſobre la dicha aſsignacion: y teniendo como tenemos expreſſos textos, y deciſsiones, que hablan dando forma como ſe han de hazer por los executores eſtas liquidaciones, eſtas han de ſeguirſe, y guardarſe, y no las que la parte contraria aplica a nueſtro caſo diuerſo en todo del que los autores que trae hablan. Y aun en ſus miſmos terminos de liquidacion de marauedis, que la liquidacion hecha por la miſma parte ante el executor ſe ha de executar ſin embargo de apelacion, tenet expreſſe Oſaſcus, deciſ. Pedemonta. 129. num. 15. & 16. quem refert, & ſequitur Scobar de ratiocinijs. c. 23. num. 24. fundandoſe en la razon final de no dar lugar a que los pleytos ſean inmortales, y que de vn executiuo ya litigado ſalga vn ordinario, con que nunca aya fin lo juzgado, ni ſe determine coſa cierta: y eſto es lo que la parte contraria pretẽde, y es monſtruo querer que por la incertidumbre que puede auer ſi el mojon y termino yua por mas alto, o baxo, que puede venir a ſer quando mucho diez paſſos, pretenda la parte contraria dar por ninguna toda la poſſeſsion, ſiendo cierto, y eſtando executoriado que las deheſas pertenecẽ al Duque, el qual ſi ſe reuocaſſe por atentado, es forçoſo que quedaria deſpojado de lo que le da la dicha carta executoria, y ſentencias della, y las partes cõtrarias boluerian a entrar en la poſſeſsion de aquello en que fueron condenados, pues es cierto que han de reſtituyr eſtas cinco deheſas, y eſta razon ſolo es baſtãte para denegarles el atentado, y que alomenos ſe reſerue para la difinitiua, y alli ſe vera ſi les ha quitado mas de aquello, en que fueron condenados, pues oy no ay coſa liquida ni cierta ſobre que pueda caer el atentado.

Y ſi contra lo que eſta dicho ſe opuſieſſe, que los Concejos no conſintieron el auto en que el receptor proueyo lo ſuſodicho, y que antes apelaron del. Se ſatisfaze, con que deſpues preſtaron conſentimiento, y nombraron apeadores de ſu parte, y dieron poder a quien anduuo con ellos en el deslindo, con q̃ fueron viſtos apartarſe de la apelacion, aunque proteſtaſſen lo contrario, ex eleganti textu. in c. ſolicitudinem. 54. de appellat. proteſtatio, enim nihil operatur quoties actus, qui exercetur contratius eſt proteſtationi, vt in. l. vbi repugnantia. ff. de regul. iuris, & oſtendunt Doctores per text. ibi, in cap. cum M. de conſtitutio. Alexand. conſi. 30. à numer. 12. volu. 4. Abbas in cap. 1. de litis cõteſt. num. 17. Ioan. Garc. de nobil. gloſ. 5. nu. 6.

Lo

Lo ſegundo ſe prueua eſtar juſtificado lo que el receptor hizo,porque ninguna coſa hizo ni executô,que no fueſſe de cõformidad de los quatro apeadores,o de los dos,y el tercero,ſaluo lo que en el octauo exceſſo ſe opone,donde ſe ſatisfarà dello. Y quãdo la liquidacion ſe haze por arbitros que las partes por mandado del juez nombrados,no ſe puede apelar dellos,alomenos para ſuſpender la execucion, vt aduerſus Mattheum de Afflict. conſtanter,nec minus bene defendit Parladorus in.c. fin. 1. part. §. 12. num.33. Y eſta doctrina viene muy a nueſtro propoſito, pues aunque fuera liquidacion(como los contrarios dizen)la q̃ el receptor hizo,auia procedido juridicamente en ella,mandando a las partes nõbrar arbitros,que aſsi llama el Derecho a los agrimenſores,o apeadores,per dictam.l.demodo, cum ſimilibus. Y bien conſiderado, por ninguna via pudo el receptor hazer ſu apeo,ni proceder con mas rectitud, porque ſi admitiera prouanças de ambas partes fuera alargarſe à lo que no podia, y hazer vn pleyto ordinario,y no cumplir el hecho que lleuo a ſu cargo, y tomaran ocaſion los Reos para dilatar el entrego de las deheſas,que es lo que ellos han procurado por todas vias, contradiziendo, y apelando cada coſa para que no ſe cõſiga el efeto de la dicha executoria.

Prueuaſe lo tercero, la juſtificacion de lo que el dicho receptor y apeadores hizieron,porque fueron reconociendo y ſeñalando los ſitios,y mojones que la dicha eſcritura de cenſo refiere de vno en vno. Y haſe de aduertir, que caſi todos ellos ſon rios,ſierras,peñas,caminos publicos,deheſas del miſmo Duque, confines,y mojones de juridiciones,y terminos agenos,que todo ello ſon ſeñales inmutables,è inmobiles,por las quales con facilidad ſe pudo hazer el deslindo,porque retienen oy los miſmos nõbres de la eſcritura, y ſe ha de eſtar a ellos, ſin que ſe preſuma auerſe mudado (coſa que pudieran)ex.l.in finalibus. ff. finium regund.l.2.C.eod.tit.& probant Hieronymus de Monte,vbi ſupra.cap.21.nu. 1. Franciſcus Marcus,deciſ.208.num.2. & Maſcar. de probatio.volu.1. concl.393. num.8. cum alijs. Y aſsi no auia para que tratar de mas informacion que la ocular con perſonas antiguas,y verſadas en la tierra,que tenian entera noticia de las deheſas,y ſus limites,como ſe eligieron, nam quod patet expreſſe non eſt probare neceſſe, nec quod occultus videt vllus fideliter negat, ſecundum Bald.conſil.388.num.6.volum.1. quem ſequitur Hieronymus de Monte vbi ſupra. cap.30.num.3.quare firmat Curtius Iuni.relatus ab eodẽ Hieronymo de Monte,quód nulla eſt melior probatio,quàm euidẽtia loci. Y afirmar las par

tes

tes contrarias, que los apeadores con quien el receptor ſe confor mò les quitaron de ſus valdios la tierra que en ſus peticiones refieren, no tiene veriſimilidad, ni fundamento alguno por muchas razones.

La primera, porque viene a ſer en cantidad de mas de quatro leguas, y todo el termino de aquel eſtado tiene poco mas.

La ſegunda, porque en el dicho eſtado no ay valdios, porque todo eſta adeheſado, como los miſmos Concejos, y vezinos lo tienen confeſſado en la dicha eſcritura de cenſo, donde pidieron al Conde de Plaſencia, que las acenſuaſſe eſtas deheſas, porque ſin ellas no tenian tierras en que ſembrar, ni donde apacentar ſus ganados por ſer adeheſado todo el termino: y el Conde dize, que por las miſmas cauſas y razones ſe las da a cenſo. Y lo miſmo alegaron y prouaron en vn pleyto que trataron, mas ha de 40. años con el Arçobiſpo de Burgos, de que ay teſtimonio preſentado en eſte pleyto: y ſe ha de eſtar a eſta confeſsion, ſin que puedã oy alegar lo contrario. l. cum præcum. C. de liberal. cauſ. l. 1. & per totũ. ff. & C. de confeſsis, y en materia de confines confeſsio partis, eſt ſufficiens probatio, ita Franciſ. Mar. deciſ. 207. nu. 2. y quã do no obràran eſtas palabras en fuerça de confeſsion, ſurtieran el miſmo efeto en fuerça de enuntiatiuas, porque ſiendo de inſtrumento tan antiguo, y entre las miſmas partes hazen prouança plena, vt teſtantur quamplurimi relati per Maſcard. de probationib. colum. 2. concluſ. 621. num. 28. Caualcanus deciſ. 21. nu. 41. parrt. 2. & deciſ. 8. num. 25. & 41. part. 5. Hieron. de Monte, vbi ſup. c. 60. num. 2.

La tercera razon es, porque los apeadores ſon vezinos, y naturales de la dicha villa de Capilla, y ſu tierra, y es de creer que ſiẽdo interes ſuyo reſtringir las deheſas, y hazer valdios de que pudieran gozar, no las auian de ampliar, ni quitarſe a ſi ni a los demas vezinos lo que era ſuyo para darſelo al Duque, nam charitas bene ordinata à ſe ipſo incipit, & nemo præſumitur diligere alium pluſquam ſe, vt in. l. præſes, & ibi gloſſ. fin. & omnes. C. de ſeruitutib. & aqua.

La quarta razon es, porque en el deslindo de algunos ſitios dizen los contrarios les quitaron los apeadores mas de vna legua de tierra: y parece coſa ridicula querer afirmar eſto, porque ninguna deſtas deheſas tiene otra tanta cantidad, y aunque tuuiera diez tanta era impoſsible incurrir en vn error tan grande, porque los mojones eſtan a trechos breues, y no podian deuiar del vno al otro coſa que fueſſe conſiderable, aunque eſtuieran dudoſos en el deslindo, porque en duda auian de yr via recta de vnos

mojones

mojones à otros, vt post Bart. & alios docet Hieronymus de Mõte. in d. tract. de finibus regund. c. 18. num. 2. ex quibus decerpitur respõsio ad ea, quæ pro contraria parte assumpta fuere, dum probare conantur liquidationem testibus factam, & executoris præceptum, quo eam ratam habuit, atque obseruare iussit, exequi non potuisse appellatione interposita, nam ad primum de liquidatione respondetur. Primo in nostro casu nullam liquidationem interuenisse, sed quandam demonstrationem, seu recognitionem finium non testibus, sed arbitris à partibus electis factam. Secundo respondetur, quòd etiamsi liquidatio esset appellatione non suspenderetur: tam ex doctrina Parladorij, vbi supra, quàm ex receptiori, ac communiori sentẽtia, de qua late per Scobar. d. c. 33. à num. 22. vbi cum Bald. & mille alijs concludit liquidationem sententię super incerta quantitate prolate exequẽdam esse non obstante appellatione, quod varijs rationibus comprobat ad institutum nostrum maximè conducibilibus, omninoque videndis. Et ad secundum de præcepto quo aliquid declaratur exequendum, respondetur quôd licet placuerit nonnullis ab huiusmodi præceptis æque appellari posse: verior tamen ac communior sententia est appellationi locum non esse, nec ob eam executionem deferendam fore, nam alias via executiua longior ordinaria fieret, & lites quasi immortales redderentur, vt innumeris relatis concludit Zeuallos in suis quæstio. commun. contra commun. quæstione 190. per totam, cum eis asserens ab hac sententia recedendũ non esse in iudicando, & consulẽdo, & docet Scobar vbi proximè, num. 25. Y si el Receptor suspendiera por la apelacion el deslindo, y possesion, fuera digno de muy gran castigo, porque no cumpliera la carta executoria, vt in simili dixit Matthæus de Afflict. decis. 341. num. 5. vbi loquens de sententia super territorio lata inter duo Castra, dicit, nõ esse plenè executam, nisi pars vincens per terminorum impositionem possessionem habeat.

Ad sextum excessum:

BIEN Pudieran escusar las partes contrarias la alegacion deste excesso, porque el Receptor, aunque pudo sin citarlos, ni darles traslado alguno entregar al Duque la possesion de sus dehesas (como ya queda fundado) se le dio sin perjuyzio de la via executiua, de todas las peticiones, y escrituras q̃ la parte del Duque presento en vn auto que con esta generalidad pro

 ueyo,

ueyo, de que los Relatores en ſu memorial hazen mencion, y no le auian meneſter, porque todo quãto ſe alegó y preſentô, fue en preſencia de los procuradores de los Concejos que acompañaron ſiempre al Receptor, y aſsi no ſe hallara en eſte pleyto peticion del Duque, ni eſcritura que por ſu parte ſe preſentaſſe, a que no tengan reſpondido los contrarios, & qui certus erat non debuit amplius certiorari, nec citari, vt in. cap. eum qui, de regul. iuris in. 6. & facit. l. de vno quoque. ff. de re iudicat. ibi, præſentibus. Donde ſe prueua, que baſta que la parte eſtè preſente, ſin que ſea neceſſaria otra citacion, & latiſsime probat Maſcard. concl. 290. num. 6. & in propoſito facit elegans doctrina Baldi, in. l. certum C. vnde legitimi, num. 5. verbo, itẽ oppono, vbi dicit quôd quando probatio concludit ſoli iudici non requiritur citatio, quia non oportet diſputari, niſi cum iudice, & quòd in hoc caſu talis commiſsio potius eſt conſcientialis, quam iuditialis. Y aſsi todo lo que hizo el Receptor ſolo fue para informarſe y certificarſe quales eran las deheſas, de que yua a dar poſſeſsion, que es lo miſmo que haze qualquier executor, o alguazil que va a dar la poſſeſſion de alguna caſa, o heredad, que ſin eſcribir, ni aueriguar coſa alguna la da de aquella que la parte le ſeñala, vt quotidie practicatur. Mayormente que por ſer eſtas deheſas bienes rayzes, ſe preſupone que ſon las miſmas, y en el miſmo ſitio, y linderos, que ſe contenian en la dicha eſcritura de cenſo, quãdo las dio el Conde de Plaſencia, ex traditis à Maſcardo, de probatio. conclu. 873. à num. 1. Y haſta agora las partes contrarias no han moſtrado, ni prouado que ſean otras las deheſas, ni que tierra les ayan tomado, y como han paſſado diez años deſpues que ſe executò la carta executoria, menos inconueniente, y de menos dilacion ſera reſeruar el atẽtado para difinitiua q̃ reuocar todo lo hecho, pues como eſta dicho, ſeria deſpojar al Duque de lo que la executoria le da, y cauſar nueuos pleytos y nueua execucion, pues de neceſsidad la auria para executar los autos de atẽtado, y tras ellas las miſmas diferencias que oy tienẽ las partes, y todo ſe eſcuſarà acabando de vna vez eſte pleyto difinitiuamente.

Ad ſeptimum exceſsum.

PARA ſatisfazer a lo que en eſte exceſſo oponen los contrarios de que el Receptor no pudo deslindar eſtas deheſas por las eſcrituras que el Duque preſento, ſe han de conſiderar quatro coſas. La primera, que las ſentẽcias de la executoria

de

de necesſidad ſe han de referir a la eſcritura de cenſo, y executarſe por ella, como en la reſpueſta del primero exceſſo ſe ha prouado. La ſegunda, que el Receptor aunque començo el deslindo por la eſcritura que ſe compulſo del Archiuo de Capilla, hizo bien en no le proſeguir por ella, ſino por las que deſpues el Duque preſentô, porque de aquella tan ſolamente ſe vſo para que el receptor en lo que ſe lleuaua trasladado de la original començaſſe a hazer el deslindo, porque no ſe eſtuuieſſe holgando, y el termino de ſu comiſsion ſe le paſſaſſe: y aſsi lo dixo el procurador del Duque al tiempo que la preſento, y porque aquella eſcritura era ſimple y ſin autoridad, y no ſe podia eſtar a ella: y finalmente, porque los contrarios la redarguyerõ de falſo, y con eſto el Duque ſe deſiſtio della, lo qual pudo hazer, vt probat Boerius deciſ.252.nu.4. ſin q̃ le prejudique el auerla preſentado, ni q̃ en el deslindo no concuerde con las otras dos q̃ ſe preſento deſpues, q̃ es vnadelas excepciones que los contrarios alegan, para dezir que ni a eſta, ni a las demas eſcrituras ſe ha de dar credito por ſer contrarias en el deslindo ex.l. ſcripturæ.C. de fide inſtrument. & gloſſ.verbo.Contraria, in authentica de teſtib.§. & licet dudum, & quæ ibi ad notant Doctores. Porque los contrarios no pueden valerſe deſta eſcritura para oponerla cõtra las demas por auerla ellos miſmos redarguydo de falſo, ex doctrina Innocentij in cap.mulier, de iureiurand. quam ibi ſequitur Abb. num.10. & refert, & ſequitur Bald.in.l.vnica.C.de confeſs. num.95.& probat tex.notabilis, in.l.fin.ff.de interrogat.actione, & notant Salicet.in .d.l.vnica. C. de confeſs.in verbo oppone, & in .l. iubemus.C.de liberal. cauſ. & eſt notabilis additio ad Abbat.in. d. cap. mulier, num.10.litera.B.& docent late Boerius in.d. deciſ. 252.num.4. & Maſcard.concluſi.916.num.4.Franciſ.Marc.deciſ. 520.part.2. Oſaſcus deciſ.39.num.8. Et quoniam originale, & nõ copia attendendum eſt quando copia ab originale difert, vt poſt Doctores, in authent.ſi quis in aliquo documento. C.de ædendo tradunt Ruinus, conſ.91.nu.2.lib.4.Franciſcus Marcus, quæſ. 743.& quæſt.698.& Ioſephus Ludou. deciſ.Lucan.13.nu.11. Y el original le tiene preſentado el Duque, y es por dõde el receptor ſe gouerno. Lo tercero que ſe ha de cõſiderar contra eſte exceſſo es, q̃ demas de auer preſentado el Duque el original de la dicha eſcritura, compulſo del viejo, de dõde emanô la dicha carta executoria vn traslado de la q̃ alli ſe preſento, que en todo y por todo concordo con el original, y no pudieron los concejos redarguyr de falſo eſte trasladoni la redarguycion diminuy o ſu fe, ni tampoco obligó al Duque a comprouar la dicha eſcritura, dupli

ci

ci fundamento. Primum est, quia in antiquis huiusmodi exceptio contra instrumentum nullius est momenti, sufficit namque temporis vetustas,& informa esse probanti, vt fides adhibeatur ei, ex adnotatis per Bald. in authent. quas actiones, num.18. C. de sacrosanct. Eccles. Matthæ. de Afflict. decis. 251. nu.5.& 6.& Hieronym. de Monte in cap.106.num.1.& 2. Secundum fundamentum est, quia in prima lite aduersarij eandem exceptionem, seu redargutionem proposuere,& fuit ibi discusa,& victa: quare nullatenus in executione suscitari potuit, quamuis executor cognitionem habuisset, nam exceptiones ante sententiam contra instrumenta opposita, in executione talis sententiæ opponi nequeunt vt probatur in.l. fin. C. de fide instrument.& in l.1.C. si ex falsis instrument. & in .l.116.tit.18. part. 3. & tradunt Guid. Pap. quæst.574.num.6. Auendañ. in tit. de las exceptiones, num. 49. Azeued. in.l.1.tit.21.lib.4. nouæ recopilatio. num.17. Lo quarto se ha de considerar, que el principio del deslindo que el receptor començo a hazer por la escritura simple, se cotejo con el de la escritura original, y concordo con ella hasta alli, como lo aueriguò con los mismos apeadores en presencia de las partes: y porque en lo de adelante difirieron, y estaua la simple redarguyda de falso, y el Duque se auia desistido della, fue prosiguiendo el deslindo desde la primera dehesa donde se hizo esta diligencia por la escritura original, y por la que se compulso del pleyto viejo, que eran vna misma cosa: demanera que no se puede dezir (cõforme a esto) que el deslindo se hizo por la escritura simple.

Ad octauum,& vltimum Excessum.

A Prima fatie parece, que auer el receptor reuocado el deslindo que los quatro apeadores de conformidad hizierõ en el sitio que aqui se declara, fue demasia, o excesso: pues si vamos fundando que esta justificado lo que por su declaracion executo, por el contrario se ha de confessar, que lo que contra ella hizo no lo esta. Huic tamen obiectioni multiplicirer satisfit.

LO Primero se satisfaze con que los apeadores erraron el deslindo deste sitio, porque auiendo de subir desde el rio de Esteras, donde començaron por encima de la fuẽte de la jara a dar via recta a los primeros mojones, que diuiden los terminos

entre

entre Capilla y Chillon, dexando la dicha fuente incluſa en la deheſa (como la eſcritura dize:) dexaron la derecera, y atraueſſaron la tierra, yendo a dar no a los primeros mojones de entre Capilla, y Chillon, ſino a otros muy mas apartados, que diſtauan de los primeros mas de mil y quinientos paſſos, porque entendieron que aquellos eran los primeros, y aſsi venian a quitar mucha tierra a la dicha deheſa, y dexauan fuera della la fuente de la jara: y auiendoſe aduertido por la parte del Duque eſte error, y pedido al Receptor le deshizieſſe, y repreguntaſſe a los apeadores algunas coſas, con que ſe echaria de ver ſu engaño, ſe las repregunto, y por ſus dichos quedaron conuencidos, y para mas ſatisfacion hizo venir los oficiales del Concejo de Chillõ, y con la eſcritura del deslindo, y viſita de los dos terminos de Capilla y Chillon, que el Duque compulſó, y dichos deſtos oficiales, verifico que el deslindo de la deheſa yua mal hecho. y que deſde el rio de Eſteras al mojon del Gatillo (que es vno de los que diuiden los dichos terminos, y el mas cercano al dicho rio) ay menos de dozientos paſſos porque los hizo medir a los miſmos apeadores, y a otras perſonas, cõ que ſe echô mas de ver el yerro de los apeadores: porque auian declarado que deſde el dicho mojon al rio auia como dos mil paſſos, de que quedaron tan corridos, que ſe fueron a ſus caſas ſin querer boluer a proſeguir el deslindo, haſta que el Receptor embio por ellos, el qual (demas de auer hecho todas eſtas y otras diligẽcias) da fe de lo ſuſodicho, porque lo vio por ſus ojos, & iudici credendum eſt de eo, quod vidit, vt in terminis noſtris ait Hierony. de Monte. vbi ſupra. cap. 101. num. 9. Y aſsi con los miſmos apeadores enmendo el deslindo, y le boluio a hazer por donde la eſcritura dize, dexando dentro de la dicha deheſa la dicha fuente de la jara. De lo qual ſe infieren dos coſas. La primera, que el Receptor pudo auiendo tan juſta cauſa reuocar lo que en contrario tenia hecho, y proueydo. l. quod iuſsit. ff. de reiudicat. & . l. 2. tit. 22. part. 3. ſin que lo impida la. l. iudex poſtea del miſmo titul. y las demas que en contrario ſe alegaron, porque diſponen en ſentencias difinitiuas, y aqui no la vuo. La ſegunda y que no tuuo obligacion a ſeguir la declaracion de los apeadores por yr errados y contra la eſcritura, nam licet regulariter iudicis offitium ſit agrimenſorum relationem ſequi, vt in. l. ſi irruptione. §. ad offitium. ff. de fini. regũd. poterit tamen quando ſibi æquum videbitur eorum relationem reuocare, ſicut poteſt medici relationem corrigere quando firmat vulnus eſſe mortale, cum non eſt: & ſapientis conſilium non ſequi quando iuris expreſſum errorem continet,

secundum Bald. in cap. quia indicante num. 1. de præsumptio. & Hieronym. de Monte, vbi supra. cap. 102. per totum. Y esto es lo que quiso dezir la gloss. verbo determinetur, in. d. l. si quis super. C. fini regūd. que pone en motu y arbitrio del juez el poner los linderos, hoc est arbitrar si dizen bien o mal los agrimensores; porque claro es que si estos se yerran, y se vee el error notorio, como alli se vio, que se tiene de corregir, y no solo incontinenti como alli se hizo durando el termino del receptor, pero se podia reuocar el error en qualquier tiempo, como error calculi, que verdaderamente lo es, el qual se puede deshazer, y pedir hasta treinta y quarenta años, vt in. l. calculi error. C. de administrat. rerum ad ciuita. pertin. & in. l. 9. tit. 19. lib. 7. nouæ recopil. & probat Scobar, de ratiocinijs. c. 31. num. 15. cum sequentibus: Y no solo puede corregir vna vez el error, sino cien vezes que constasse claro del, porque como el receptor yua solamente a dar la dicha possesion, hasta auerla dado enteramente, y auer acabado con su comision, no se podia dezir, quód fructus erat officio suo, y mientras le duraua el oficio, y daua la possesion, con efeto podia mirar y remitir lo que hazia, y el deshazer el error no lo hazia por su parecer, sino por la medida real y verdadera, y por el hecho y dicho de los agrimensores, que confessauan su error, y por lo que se via notoriamente, & quando ita de errore constat es licito remirarlo y reuocarlo, vt notant Doctores, in l. 1. C. de errore calculi, & Mascard. de probatio. concl. 253. num. 24. & 25. y quando el receptor vuiera hecho lo contrario se auia de reuocar en esta Real Audiencia. Con lo qual queda respondido y satisfecho a todo lo que por excessos ponderan las partes contrarias, y se excluye el atentado que pretenden.

In cuius comprobationem nonnullæ conclusiones aduertēdæ sunt. Y la primera es, q̄ aunque el Receptor no huuiera procedido por el orden que deuia, no se podia reuocar la possesion que dio, supuesto que su comision no fue para otra cosa, executor namque sententiæ, vel alterius iudicis mandati, non tenetur seruare ordinem iuditiorum, nec vitiatur quod ab eo fit ratione ordinis non seruati, teste Innocentio in. c. ex ratione numero. 1. de appellatio. & Guidone Pap. singul. 496. quorum assertionem fouet. l. fi. §. fi. ff. de eo quod met. caus. & pro ea facit. l. 3. iūcta gl. verbo, sua causa. C. de institutio. & substitutio. vbi probatur non esse curandum de modo, si idem sequatur effectus.

La segunda conclusion es, que para reuocar la execucion, es necessario que conste con euidencia del derecho que tiene cōtra ella el que pretende reuocarla, vt refert Vera decis. 150. part.

1. y

1. y aqui no solo no consta, pero ni se presume, ni es posible que por atentado se pueda determinar, porque tampoco consta por ninguna via que pertenezca a los contrarios cosa de lo que pretenden, y sin que conste no se le puede dar, namque attentatorũ reuocatio fieri non debet ad petitionem partis, de cuius iure non constat, ex Afflict. decis. 98. quem sequitur Hieronym. de Monte in tracta. defini. regund. c. 108. num. 5. & 6. Ni menos puede praticarse lo que dize la. l. ab executione, dum iubet, quod excedente executore possesio restituatur spoliatio. Porque no se prueua que el Receptor hiziesse excesso, ni las dehesas son de los contrarios, ni las posseîan como suyas.

La tercera conclusion es, que quando se pide reuocacion de la possesion que otra vez se ha de boluer a dar, no se deue reuocar, aunque se aya dado de hecho, y no como deuia, ex congestis per Ossascum decis. Pedemont. 34. numero. 1. cum alijs, Magonium decis. Lucana. 87. Decium cons. 449. numero. 8. cum alijs, Antonium Sola. in constitutio. antiquis, Sabaudiæ glos. super. 3. part. decreti, Blanchæ tit. de fœud. num. 13. fol. mihi. 74. vbi nu. 12. dicit quod ad euitandos circuitus curãdum non est de forma scrupulosa, nec nullitatem considerabilem esse, quando sic de nouo agi debere si factum non esset: quod proculdubio procedit in supremis tribulationibus, vbi sola facti veritate inspecta iudicatur, vt meminere Gail obseru. 42. lib. 1. Magon. decis. 220. Rottæ Florentinæ, Francisc. Marc. quæst. 473. p. 2. n. 6. Decius in d. cons. 449. n. 21. vbi alios citant. Y esto mismo sucede en nuestro caso, porque quando se reuocara por atentado la execucion que està hecha, se auia de hazer de nueuo, pues al Duque se le han de entregar necessariamente las dehesas sobre que tiene vencidos a los contrarios, y seria dar ocasion a nueuos pleytos y gastos, deuiendo antes ataxarlos, ex. c. nonnulli. 28. §. sunt, & alij de rescrip. Y es cierto que por la via que los contrarios quieren no se ataxaran, porque xamas estaran contentos, ni acabaran de quietarse, hasta que en esta Real Audiencia se juzguen sus diferencias: y para todo esto el vltimo remedio es denegar, o reseruar para difinitiua el atentado que piden, y en ella auiendo hecho las partes sus probanças, constarà con certidumbre de su justicia, y se le podra dar a cada vno lo que fuere suyo, quod futurum speramus. Salua in omnibus, &c.



[illegible]